



Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 noviembre 2008¹

Francisco Muñoz Conde

Revista Penal, n.º 24. Julio 2009

RESUMEN: El artículo se ocupa de algunas reformas previstas en el Anteproyecto presentado por el Gobierno español en noviembre de 2008. Concretamente de la aplicación de un período de «libertad vigilada» una vez cumplida la pena de prisión, y de la prolongación de los plazos de prescripción para algunos delitos y de una nueva forma de computarlos. En general, el Anteproyecto sigue las tendencias criminalizadoras y de incremento punitivo que han dominado el panorama político-criminal nacional e internacional en los últimos años: tolerancia cero y derecho penal del enemigo.

PALABRAS CLAVE: Reforma legislativa. Código Penal Español. Tolerancia cero. Derecho penal del enemigo.

ABSTRACT: This article is about the Draft of reform of the Spanish Penal Code in 2008. It analyzes some aspects in relationship with the following control after the prison is finished and with longer terms of limitations for some crimes and the way how to compute them. In general, this Draft follows the current criminalizing tendencies increasing penalties in the national and international criminal policy in the last years: «zero tolerance» and «Criminal Law for enemies».

KEY WORDS: Draft of legal reform. Spanish Penal Code. Zero tolerance. Criminal Law for enemies.

1. La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 noviembre de 2008, por el que se modifica el Código penal de 1995, que a su vez ya había sido modificado anteriormente desde su entrada en vigor el 24 de mayo de 1996 repetidas veces, en el 2003, 2004, 2006 y 2007, comienza con una reflexión realista y preocupante. Realista, porque dice, no sin razón, que «las estructuras jurídicas en el ámbito penal se adaptan con dificultad a la mutabilidad de la dinámica social». Preocupante, porque acto seguido también dice que esa dificultad de adaptación es «a causa de las garantías fundamentales de la seguridad jurídica». Y tras reconocer que esas garantías «y la confianza legítima informan con especial relevancia el

ordenamiento jurídico criminal, siendo, en consecuencia, la estabilidad una de las piedras angulares del sistema», añade que «esta última circunstancia puede tener, sin embargo, importantes efectos perniciosos si no existe una constante preocupación del legislador por responder a las demandas de la sociedad».

Traducido a términos mucho más simples, lo que esta Exposición de Motivos viene a decir es que las garantías, la confianza y la estabilidad del sistema son buenas, siempre que no sean un obstáculo para la adaptación a la «mutabilidad de la dinámica social», pero en la medida en que lo sean, lo mejor es dejarlas a un lado, o tirarlas por la borda, como un pesado fardo en caso de naufragio, proce-

1. El presente trabajo constituye una parte de un análisis más amplio del Anteproyecto de reforma del Código penal español publicado en noviembre de 2008. En estos momentos (marzo de 2009), debido al cambio de titular en el Ministerio de Justicia, es dudoso si este Anteproyecto va a ser remitido finalmente por el Gobierno como Proyecto al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria, y, en todo caso, si lo será en su redacción actual. Parece, por tanto, aconsejable posponer un análisis más detenido de su contenido, y publicar sólo estas observaciones, que dedico al Homenaje que se tributa al penalista argentino Edmundo Hendlar.

diendo directamente a adoptar las normas penales a lo que la sociedad demanda, aunque sea a costa de las mencionadas seguridad, confianza y estabilidad del sistema.

Pocas veces se ha dicho con tanta crudeza que ante el conflicto entre eficacia y seguridad jurídica, está claro que lo que debe hacer un Gobierno sensible al cambio (y probablemente también a la rentabilidad electoral de sus reformas) es procurar que el Derecho penal sea lo más eficaz posible. Y si con ello se pierde un poco o un mucho de seguridad, confianza y estabilidad, pues qué le vamos a hacer, ya no están los tiempos para la lírica. El que algo quiere, algo le cuesta, y si además la opinión pública lo demanda (¿quién inventaría aquello del «sano sentimiento del pueblo?»), pues démosle lo que el pueblo pide, además de *Champions league*, claro está.

Por supuesto que siempre ha habido y habrá razones para justificar que la eficacia, un valor que indudablemente las normas jurídicas también deben tener, se ponga por encima de cualquier otro valor, pero el problema surge cuando la eficacia se pretende alcanzar a costa del sacrificio de otros valores también importantes y cuando además, y ello es especialmente preocupante, es una mera hipótesis que sólo a largo plazo puede comprobarse («largo me lo fiáis», que dice D. Juan Tenorio, cuando el Comendador lo conmina con las penas del infierno), mientras que a corto plazo deroga, reduce o cuestiona principios básicos del Estado de Derecho.

En general, el texto de este Anteproyecto que hoy comentamos pone de relieve con especial claridad el proceso de deterioro casi vertiginoso que en aras de una pretendida eficacia de las normas penales en la lucha contra la delincuencia ha sufrido el Derecho penal del Estado de Derecho, particularmente en el caso español, en los últimos años.

Todo comenzó con el Código penal de 1995, llamado «el Código penal de la democracia», más por la época en que fue aprobado, que porque sus contenidos respondieran a una concepción verdaderamente democrática del Derecho penal. En este Código penal se reprodujo uno de los defectos que ya entonces habían denunciado los principales representantes de la Escuela de Frankfurt (Naucke, Lüderssen, Hassemer) como característico del llamado «moderno» Derecho penal: una enorme expansión del mismo, entrando a saco en sectores como el medio ambiental, el económico o las nuevas tecnologías (especial-

mente la informática y la genética) y criminalizando comportamientos que hasta entonces todo lo más habían constituido simples infracciones administrativas. Ello supuso, además de una enorme inflación de la Parte Especial del Derecho penal, el recurso a técnicas legislativas como la norma penal en blanco, con continuas remisiones a normas de carácter no penal, y los delitos de peligro abstracto, denostados con razón por buena parte de la doctrina penal².

Pero aun cuando estos procedimientos sean discutibles, este Código se mantenía todavía dentro de los parámetros del Estado de Derecho y mantenía, aunque con dificultades, las garantías y principios básicos del Derecho penal.

Pero desde entonces hasta hoy se ha producido una espiral de reformas legislativas, un Proyecto y un Anteproyecto, que no solo han agudizado y agravado los defectos del Código penal de 1995, sino que además lo han convertido o lo van a convertir aún más en un galimatías jurídico, trufado de preceptos incoherentes, a veces dudosamente constitucionales, que casi llevan los nombres y apellidos de los protagonistas, verdugos y víctimas, de los sucesos que, en los últimos años, han conmovido a la sociedad española, pero también al mundo entero.

No ya sólo el terrorismo, en su versión española del terrorismo etarra, e internacional del terrorismo islamista, han generado reformas dirigidas a la agravación de las penas rayana a veces en la inconstitucionalidad, sino también otros fenómenos que se han agudizado en los últimos años como la corrupción, la delincuencia sexual violenta y la pornografía infantil, la violencia de género, los grandes fraudes financieros, etc., han generado una auténtica psicosis de miedo en la sociedad, a la que los Gobiernos de todos los países han respondido con más represión, creando nuevos delitos, incrementando la gravedad de las penas y reduciendo las garantías de los imputados.

Este «nuevo autoritarismo penal» refleja con claridad dos movimientos o tendencias político-criminales que han surgido paralelamente en los últimos años, aunque en ámbitos geográficos distintos: la «tolerancia cero» preconizada por un sector de la Criminología norteamericana, capitalizada políticamente por el que fue Alcalde de Nueva York, Giuliani, y el «Derecho penal del enemigo», acuñado por el profesor alemán Günter Jakobs³. Ambos movimientos se caracterizan por prescribir recetas autoritarias para acabar con los males más graves que amenazan a las

2. Para una breve exposición general de las principales novedades dogmáticas y político-criminales de este Código remito a mi artículo, «Principios inspiradores del nuevo Código penal español», en *Homenaje al Profesor José Ramón Casabó*, Valencia 1998; más recientemente, también mi artículo «Universalizing Criminal Law», en *Tulsa Law Review*, 2005.

3. Sobre estas tendencias y su reflejo en la reforma penal española de 2003, a la que aludiré más adelante, me remito a mi artículo: «Las reformas de la Parte especial del Código penal español de 2003, de la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo», en *Revista de Derecho penal*, Buenos Aires, 2004, 2; también publicado como breve monografía con el título *De la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo*, Instituto Centroamericano de Estudios penales, Managua, 2005. Para más detalles sobre mi opinión en torno al «Derecho penal del enemigo», me remito a la segunda edición de mi monografía *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Buenos Aires, 2008, en la que junto a la monografía originaria publicada en primera edición en Buenos Aires, 2005, traducida también al alemán por Moritz Vormbaum («Über das Feindstrafrecht», Berlín, 2007), se recogen otros trabajos sobre el tema.

sociedades modernas: inseguridad ciudadana, incremento de la delincuencia violenta, terrorismo. Para ello ofrecen una respuesta en clave puramente represiva sin indagar en las causas que pueden haber favorecido el incremento de estos problemas y sin matizar las diferentes situaciones que pueden darse en cada país o en cada momento histórico. La globalización de la respuesta punitiva, expresión de un pensamiento único, ha dado lugar a reformas legislativas que, a diferencia de lo que sucedía pocas décadas antes, se distinguen por su afán punitivo, en un intento casi desesperado todo lo que se pueda y todo lo que queda por criminalizar (si es que queda algo), hasta el punto de que apenas hay ya un sector de la conflictividad social que no sea objeto de la intervención del Derecho penal.

Por lo que respecta a la situación en España, el resultado de la aplicación, consciente o inconsciente, de estos planteamientos o tendencias político-criminales fueron las reformas del Código penal de 2003, que crearon nuevos tipos delictivos e incrementaron la gravedad de las penas no sólo para el terrorismo, sino también para los delitos más frecuentemente realizados por los sectores más desfavorecidos económica y socialmente, como el tráfico de drogas a pequeña escala, la copia ilegal de vídeos musicales y de películas bajadas de Internet y vendidas luego en la vía pública por lo llamados «manteros», incluso el hurto en pequeña cuantía, convirtiendo en delito cuatro faltas de hurto cometidas en un mismo año, cuando el monto total de las mismas supere la cuantía de cuatrocientos euros. Ello dio lugar a un aumento de la población penitenciaria que casi se ha duplicado en los últimos seis años, con las consecuencias de hacinamiento y de renuncia a cualquier tipo de tratamiento resocializador. Al mismo tiempo, en las reformas de 2003 se reintrodujeron las penas cortas privativas de libertad y se prolongaron las de larga duración hasta unos límites rayanos en la prisión perpetua, llegando hasta los cuarenta años, sin apenas posibilidades de reducción o de concesión de la libertad condicional.

A estas reformas le siguió en el 2004 la Ley contra la violencia de género que, en su afán por atajar un fenóme-

no grave que tiene implicaciones más allá de las puramente penales, ha introducido directamente el Derecho penal en la conflictividad familiar, haciendo recaer la responsabilidad de la misma sobre todo en el hombre, al que se trata con inusitada dureza convirtiendo las amenazas leves y las lesiones constitutivas de falta en delito, con penas de prisión, cuando el sujeto pasivo de las mismas sea mujer, imponiéndole además durante la tramitación del correspondiente proceso unas medidas cautelares que suponen casi su *capitis diminutio* jurídica⁴.

Y en la misma línea de incremento de la represión penal como principal y casi única forma de solución a los problemas sociales, se produjo en el 2007 la reforma de los delitos contra la seguridad vial, entre los que se introducen y se castigan con penas de prisión lo que antes eran meras infracciones administrativas como la conducción de un vehículo de motor si el permiso para ello, o infracciones puramente cuantitativas de los límites de velocidad o alcoholemia, sin exigir que esas conductas hayan puesto efectivamente en peligro ningún bien jurídico⁵.

Pero cuando todas las reformas anteriores parecían ya suficientes para situar el Derecho penal español entre los más represivos de Europa, el Gobierno se descolgó, primero en 2007 con un Proyecto de reforma del Código penal que seguía e incluso incrementaba la misma línea represiva que ya se había iniciado en 2003. Y cuando este Proyecto no llegó a convertirse en ley por la convocatoria de unas elecciones generales, que determinaron el cese de la actividad legislativa de aquella etapa parlamentaria, muchas de las reformas que se preveían en el mismo, adicionadas con otras de nuevo cuño, fueron recogidas en un Anteproyecto de reforma del Código penal publicado el 14 de noviembre de 2008, que de convertirse en Ley dejaría las anteriores reformas como tímidos intentos de un autoritarismo suave comparado con el que se avecina, culminando así una evolución, que mejor habría que calificar de involución, en la que, como decía Groucho Marx, poco a poco vamos saliendo de la pobreza para entrar en la más negra miseria.

4. Es mucha la bibliografía aparecida en los últimos cinco años sobre esta reforma, la mayoría bastante crítica, e incluso dudando de su constitucionalidad por lesionar el principio de igualdad, duda que ha sido disipada por el Tribunal Constitucional en sendas sentencias de 14 mayo 2008 y 27 febrero 2009, que considera que la nueva regulación no vulnera este principio, lo que obviamente no excluye que pueda ser objeto de crítica desde otros puntos de vista específicamente penales; para una exposición resumida de esta regulación véase Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 16.ª ed., Valencia, 2007, págs. 184 y ss. (bibliografía en págs. 178 y ss.).

5. Esta regulación ha sido objeto de diversas críticas por un sector de la doctrina por lo que supone de infracción del principio de intervención mínima, de lesividad y de culpabilidad; véanse, por ejemplo, los trabajos recogidos en el libro colectivo dirigido por Santiago MIR PUIG y Mirentxu CORCOY BIDASOLO, *Seguridad vial y derecho penal*, Valencia, 2008, o en el de María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (Coordinadora), Victoria GARCÍA DEL BLANCO, María MARTÍN LORENZO, Marina SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Protección penal de la seguridad vial*, Valencia, 2009. Obviamente, no han sido estas las únicas reformas que ha tenido el Código penal de 1995. Como se puede ver en cualquiera de las ediciones del Código penal que se han publicado por diversas editoriales tras su entrada en vigor en mayo de 1996 hasta la fecha, y en las distintas ediciones de los Manuales, Tratados y Comentarios que se han ocupado de las mismas, han sido en total más de veinte reformas, algunas de poca importancia, pero todas ellas animadas del mismo espíritu de incremento del rigor punitivo. Lo mismo puede decirse de la Ley penal del menor de enero de 2001, que ya antes de su entrada en vigor fue reformada y desde entonces ha sufrido varias reformas, todas ellas encaminadas a un incremento de rigor punitivo.

Desde la praxis judicial ya se habían levantado voces críticas e incluso objeciones de inconstitucionalidad contra la Ley de la violencia de género y contra la nueva regulación de los delitos contra la seguridad vial, que han supuesto un exceso de carga de los Tribunales, ya de por sí desbordados por un incremento incesante de la litigiosidad, lo que unido a la insuficiencia de medios ha provocado el bloqueo de grandes parcelas de la Administración de Justicia. Todo esto se ha reflejado de forma dramática en algún caso puntual como el llamado «caso Mari Luz», en el que una niña fue secuestrada y asesinada por un pederasta que ya había sido condenado varios años antes a una pena privativa de libertad por un delito de abuso de menores, pero que estaba en libertad por no haberse ejecutado aún la sentencia debido a fallos que algunos atribuyen a negligencias de las personas encargadas de su ejecución, pero que en todo caso también se debe al caos en que se encuentran muchos juzgados y Tribunales, tanto en la tramitación de los procedimientos, como a la hora de fijar la celebración de los juicios y ejecutar las sentencias. La sanción del Juez sentenciador y encargado de la ejecución de la sentencia, tras haber tardado más de tres años la confirmación de su sentencia por el Tribunal de apelación, con una sanción puramente pecuniaria que algunos consideraron insuficiente y otros excesiva, ha motivado un choque frontal entre las Asociaciones judiciales y el Gobierno, echándose mutuamente la culpa del caos judicial que se ha reflejado en este caso, hasta el punto de que por primera vez en la historia algunas Asociaciones judiciales convocaron una huelga de sus miembros en febrero de 2008, seguida por gran número de ellos, y en general todas se quejan de una gestión por parte del Gobierno incapaz de resolver este problema y de ofrecer los medios materiales para ello. Esta fue, entre otras, una de las causas de la dimisión poco tiempo después del entonces Ministro de Justicia, Mariano Fernández Bermejo. A ello se añade un durísimo Informe crítico emitido a finales de febrero de 2009 por el Consejo General del Poder Judicial, que cuestiona la mayoría de los preceptos que pretende introducir el Anteproyecto en el Código penal. Este informe, aunque preceptivo, no es vinculante para el Gobierno que puede ahora asumirlo, modificando en consecuencia algunos de sus preceptos, o remitir con o sin modificaciones al Congreso de los Diputados para iniciar su tramitación parlamentaria.

En lo que sigue, procederé a exponer globalmente el contenido del Anteproyecto (2), para analizar luego (3) algunas de las novedades contenidas en el mismo.

2. Tras las elecciones generales de marzo de 2008, que volvió a ganar el Partido Socialista Obrero Español, el nuevo Gobierno, presidido de nuevo por José Luis Rodrí-

guez Zapatero, y siendo Ministro de Justicia Mariano Fernández Bermejo, aprobó un *Anteproyecto* de Ley Orgánica de reforma del Código penal, que fue publicado con fecha de 14 noviembre 2008⁶. Entre las preocupaciones centrales que motivan el mismo están, como se indica en su Exposición de Motivos, un endurecimiento de la respuesta penal contra la delincuencia sexual, sobre todo cuando recae sobre menores, y la adaptación del Ordenamiento penal español a las directivas de la Comunidad europea en esta y otras materias. Pero, como seguidamente veremos, el Anteproyecto contiene otras muchas importantes novedades que van más allá de las causas que lo motivaron originariamente, recogiendo en parte algunas que ya estaban en el Proyecto de 2007, y otras que son de nuevo cuño.

En primer lugar se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, excluyendo expresamente de la misma al Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, los partidos políticos y los sindicatos. Así, en el art. 31 bis, tras asumirse claramente la posibilidad de una responsabilidad penal de las personas jurídicas («serán penalmente responsables», dice el apartado 1), independientemente de la responsabilidad de las personas físicas que actúen en su nombre (apartado 2), se añade un catálogo propio de circunstancias atenuantes (apartado 4, algunas verdaderamente chocantes como la «confesión» de la infracción); y en el art. 33.7 se contiene el catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas (multa por cuotas, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de realizar actividades, inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, intervención judicial), que también son aplicables, según la nueva redacción que se da al art. 129, como «medidas orientadas a prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma», es decir, con carácter preventivo, para cualquier organización, con o sin personalidad jurídica. En el apartado 3 del art. 66 se deja al arbitrio de los Jueces o Tribunales la determinación de las penas imponibles siguiendo, en la medida de lo posible, las reglas establecidas para la determinación de la pena aplicable a las personas físicas; y en el art. 116.3 se determina el régimen de responsabilidad civil que será solidaria con la de las personas físicas. Para evitar que la transformación o fusión de una persona jurídica en otra pueda ser una forma de evadir la responsabilidad penal de aquella, el art. 130.2 determina que la responsabilidad se trasladará a la entidad en que se transforme. Luego en la Parte especial contienen varios preceptos en relación los delitos en los que cabe apreciar esta responsabilidad penal de las personas jurídicas, como en el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis, 7); utilización de menores en actividades pornográfi-

6. Una valoración global crítica de este Anteproyecto ofrecen Tomás S. VIVES ANTÓN, «¿Estado democrático o Estado autoritario? Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código penal», en *Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento jurídico*, 4/2008, págs. 265 y ss., y el Informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial en febrero de 2009, que fácilmente se puede consultar en Internet.

cas (art. 189.8); acceso ilegal a programas informáticos (art. 197.8); daños de programas informáticos (art. 264.4); delitos relativos al mercado (art. 289); blanqueo de capitales (art. 302.2); delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social (art. 310 bis); delitos de inmigración ilegal (art. 318 bis); delitos urbanísticos (art. 319.4) y contra el medio ambiente (art. 327); cohecho (art. 430.2), y corrupción de funcionarios extranjeros (art. 445.2).

En el catálogo de penas aparece como gran novedad la libertad vigilada, regulada en un nuevo art. 49 bis como pena accesoria, que puede alcanzar hasta veinte años y cuyo cómputo comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad. Según el nuevo art. 57 bis, esta pena se aplicará junto a la principal, cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos sexuales o de terrorismo, estableciéndose que en los supuestos de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad, el Juez o Tribunal impondrá la pena en su mitad superior.

Se introduce la privación de la patria potestad, como pena privativa de derechos (art. 39), que implica la pérdida de la titularidad de la misma, pero dejando subsistentes los derechos de los que sea titular el hijo respecto de su progenitor (art. 46). Podrá ser pena principal en los supuestos previstos en el art. 192 o accesoria, a tenor de lo establecido en los arts. 55 y 56 cuando los derechos derivados de la patria potestad tengan una directa relación con el delito cometido.

Una regulación más detallada que la vigente se propone, de acuerdo con una Decisión Marco del Consejo de Europa, para el comiso en el art. 127, estableciéndose una presunción de procedencia delictiva cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de una organización criminal.

En el art. 131 se introduce un nuevo régimen jurídico de la prescripción. Por un lado, el apartado 1 prolonga el plazo hasta los diez años cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y no exceda de diez, plazo aplicable también para los delitos contemplados en los arts. 305 a 309 contra la Hacienda pública y la Seguridad social; y, por otro lado, el apartado 4 declara imprescriptibles los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el art. 614, y los delitos de terrorismo si hubieren causado la muerte de una persona, lesiones de las previstas en el art. 149 o hubieren consistido en el secuestro de una persona. Imprescriptibilidad que se extiende también a las penas (art. 133.2). Además se introduce una especie de interpretación auténtica para determinar cuándo se entiende que la presentación de una denuncia o querrela puede interrumpir el cómputo del plazo de prescripción (art. 132).

En el ámbito de la Parte especial se introduce en el Título dedicado a los delitos contra la integridad moral, entre los que desde el Código penal de 1995 se tipifica la tor-

tura, y luego en posteriores reformas se introdujo un tipo delictivo relacionado con la violencia de género, un nuevo delito de *mobbing* o acoso laboral (párrafo segundo, del art. 173.1).

Se crea un Título VII bis para castigar expresamente «la trata de seres humanos» (art. 177 bis), de los que se desgaja y regula separadamente el delito de inmigración clandestina (art. 313).

En relación con la nueva delincuencia informática se introduce como delito contra la intimidad el acceso ilegal a los datos o programas informáticos, es decir, la conducta de frecuente realización de los llamados *hackers* (art. 197,3), y como delito de daños borrar, deteriorar, suprimir o bloquear datos o programas informáticos u obstaculizar su acceso (art. 264).

Especialmente importante son las modificaciones en los marcos penales de los delitos contra la libertad sexual, en los que se aumenta la pena, igual que en los delitos que afectan a la indemnidad sexual de menores, que se regulan de manera diferenciada incluyéndose en Título VIII del Libro II del Código penal de un Capítulo II bis, bajo el epígrafe «De los abusos y agresiones sexuales a menores». Así, por ejemplo, el art. 183 castiga con la pena de prisión de tres a seis años los abusos sexuales a un menor, y de cinco a diez para los constitutivos de agresión sexual; y cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la prisión alcanzará de ocho a doce años en el primer caso y de doce a quince en el segundo. Estas penas se aplicarán en su mitad superior cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la coloque en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años, los hechos se cometan de forma conjunta por dos o más personas, la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, cuando el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima, se haya puesto en peligro de forma deliberada la vida del menor o se haya cometido la infracción en el marco de una organización delictiva, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

En la misma línea de agravación punitiva se reforman los arts. 187, 188 y 189, en los que se tipifican los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, incluyéndose entre los mismos la «captación» de menores o incapaces para su participación en espectáculos pornográficos o el mero «ofrecimiento» de material pornográfico en cuya elaboración los mismos hayan sido utilizados. Se prevé como pena específica en estos casos la privación de la patria potestad (art. 139). Y de un modo general para todos los autores de los delitos sexuales cuando tengan pena superior a cinco años de prisión se prevé que la clasificación en tercer grado penitenciario no pueda realizarse en ningún caso antes del cumplimiento de la mitad de la condena (art. 36).

En el ámbito de los delitos contra el orden socioeconómico relativos al mercado y a los consumidores se introducen el art. 282 bis que castiga expresamente la llamada «estafa de inversión», en el art. 284 la alteración de precios, y en una sección separada la corrupción entre particulares (art. 286 bis).

En los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente (arts. 319 y siguientes) se introducen algunas modificaciones de carácter técnico y se castiga expresamente como prevaricación la omisión por parte del funcionario de denunciar la infracción urbanística detectada⁷. Se introducen también algunas reformas en relación con el vertido de sustancias peligrosas (art. 343), la fabricación, transporte, etc., de explosivos (art. 348), en las cualificaciones del tráfico de drogas (art. 369) con una cualificación especial contenida en el art. 369 bis cuando el tráfico se lleve a cabo por miembros de una organización delictiva, definiéndose que debe entenderse por tal.

Se tipifican expresamente las «agrupaciones criminales» (art. 385 bis), una especie de acto preparatorio elevado a la categoría de delito, que se diferencia de la asociación ilícita por su carácter transitorio y su falta de organización y que se castigan autónomamente independientemente de la pena que corresponda al delito que luego pueda cometerse, con una pena de prisión de uno a tres años; pena que se impondrá en su mitad superior cuando se trate de delitos contra la vida o integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexuales, el patrimonio o la Hacienda pública y la Seguridad social.

Se modifican los preceptos relativos al delito de cohecho y se aumentan las penas (arts. 419 y siguientes), y el delito de corrupción de funcionario público extranjero (art. 427).

Con penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses se castiga al que por cualquier medio, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el propio Código, o para la financiación del terrorismo, de los actos terroristas o de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (art. 576 bis).

También se introducen modificaciones en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (arts. 611, 612, 613 y 614), que ya habían sido introducidos en el Código penal tras la ratificación del Estatuto de Roma, y que ahora se actualizan conforme a lo dispuesto en materia de Derecho internacional humanitario por Tratados internacionales. En la misma línea se mueve la introducción del delito de piratería, entre los delitos contra la Comunidad internacional, cuya reintroducción

en el Código penal se justifica aparte de por el cumplimiento de determinados Convenios internacionales existentes en la materia, por algunos sucesos de piratería marítima habidos en los últimos meses en la costa de Abisinia (arts. 616 quáter y quinquis).

3. De todas las reformas contenidas en este Anteproyecto, y que aquí se acaban de enumerar brevemente, me voy a ocupar en lo que sigue únicamente de la libertad vigilada y de algunas cuestiones relacionadas con la prescripción.

A) La llamada «pena accesoria» de libertad vigilada.

Quizás la novedad más importante que presenta este Anteproyecto es la llamada «pena accesoria» de libertad vigilada. Y pongo lo de «pena accesoria» entre comillas, porque lo primero que hay que preguntarse es si se trata realmente de una pena o de una medida. La respuesta a esta cuestión no se puede extraer simplemente del nombre que se le dé arbitrariamente en el Anteproyecto por la persona o personas que lo hayan redactado, sino de si realmente se le puede dar el nombre de «pena» de acuerdo con los presupuestos que deben darse para poder darle este nombre a una institución a la que se asignan cometidos que no corresponde cumplir a la pena propiamente dicha.

De acuerdo con las premisas del «dualismo» moderado del que parte el vigente Código penal, la pena mira al pasado y sólo se puede imponer al autor culpable del delito que haya cometido. La medida de seguridad o corrección, en cambio, supone ante todo y sobre todo que el autor del delito, sea o no culpable del mismo, es peligroso; es decir, es probable que por las razones que sean pueda volver a cometer en el futuro delitos similares o más graves que el ya cometido. Para decirlo brevemente: la pena supone culpabilidad, la medida peligrosidad.

Pero no es sólo una cuestión de nombres, cuyo empleo puramente nominal puede dar lugar al tantas veces denunciado «fraude de las etiquetas»; es simplemente que al ser distintos los presupuestos de los que parten son distintas también las consecuencias aplicables en cada caso, y también los fines que se pretenden con cada una. La pena es esencialmente retributiva, o si se quiere también preventiva general: la medida de seguridad, en cambio, pretende ante todo el control de la peligrosidad del sujeto, bien reeducándolo o resocializándolo mediante el correspondiente tratamiento terapéutico, educativo, o asegurativo, aunque limitando en todo caso la duración de la misma con el principio general de proporcionalidad, o imponiendo un límite máximo a su duración coincidente con el límite máximo de la pena asignada al delito. Este sistema es el que sigue el art. 6 del vigente Código penal español, cuyo contenido es el siguiente:

⁷ Cfr. Elena M. GÓRRIZ ROYO, «Examen específico de la reforma de los delitos sobre la Ordenación del territorio en el Anteproyecto de Código penal», en *Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento jurídico*, 4/2008, págs. 275 y ss.

«1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. 2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor»⁸.

Este límite se prevé sólo para las medidas privativas de libertad. Las que no son privativas de libertad tienen

un tratamiento unitario en el art. 105 del mismo Código penal⁹ y la mayoría de ellas coinciden con la nueva «pena accesoria» que se introduce ahora por el Anteproyecto. Pero la diferencia de esta, además de que la duración es mucho menor en la medida, es que ésta se impone, bien desde un principio juntamente con la medida privativa de libertad o durante la ejecución de la misma, para seguir controlando una peligrosidad que todavía puede subsistir o no estar totalmente descartada, es decir, como una mera precaución adicional en relación con sujetos

8. Sobre este sistema véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, 7. ed., Valencia, 2007. También MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985 (reimpresión, Bogotá 2000), donde se recogen las ideas expuestas ya en otros trabajos anteriores y en las Adiciones al Tratado de JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona 1982, tomo I, pág. 124 (hay una versión de estos trabajos publicada en alemán, véase, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, «Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht», en *Goldammer's Archiv*, 1985; y el mismo, «Vorschlag eines neuen Massregelnsystems», en Hassemer (edit.) *Strafrechtspolitik, Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt 1986, págs. 119 y ss.). La idea ya fue acogida en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, en cuya redacción intervino como miembro de la Comisión redactora, y desde entonces se ha mantenido en los diversos Proyectos que se sucedieron hasta que fue recogida en el actual art. 6 del Código penal de 1995. La misma ha suscitado diversas críticas en algún sector de la doctrina española, que argumenta que limitar la duración máxima de la medida en base a la duración máxima de la pena prevista para el delito, supone una confusión entre ambas (véase, por ejemplo, en este sentido CEREZO MIR, «Curso de Derecho Penal Español», Parte General III, *Teoría del Delito 2*, Madrid, 2001, págs. 119 y ss., y más recientemente, el mismo, «Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal», en *Revista Penal*, 22, julio 2008, pág. 18. Pero en la praxis, doce años más tarde de su entrada en vigor, no se han denunciado, que se sepa, casos en los que la cesación de la medida por haber transcurrido el plazo máximo de duración de la misma haya provocado la liberación de sujetos peligrosos que hayan vuelto a cometer algún delito grave, mientras que, obviamente, esto es lo que sucede diariamente con sujetos que han cumplido una pena privativa de libertad. En el fondo, la cláusula contenida en el art. 6 del Código penal español, no es más que la traducción en términos técnicos legislativos de la idea de proporcionalidad que incluso los autores que critican el precepto admiten también como límite la duración de la misma.

9. Dice el art. 105: «En los casos previstos en los artículos 101 a 104 el juez o tribunal cuando imponga la medida privativa de libertad, o durante la ejecución de la misma, podrá acordar razonadamente la obligación de que el sometido a la medida observe una o varias de las siguientes medidas:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario.

b) Obligación de residir en un lugar determinado.

c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

d) Prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.

e) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo profesional, de educación sexual y otros similares.

g) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

2. Por un tiempo de hasta diez años:

a) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

b) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Para decretar la obligación de observar alguna o algunas de las medidas previstas en este artículo, el juez o tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad. El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios de la Administración correspondiente informarán al juez o tribunal sentenciador».

Una medida similar, de contenido eminentemente educativo y resocializador, y por un tiempo no superior a cinco años, se contiene en el art. 7.1 h) de la Ley reguladora de la responsabilidad de los menores de 12 de enero de 2000. En los párrafos 68 a 68 g del Código penal alemán se contiene una medida de seguridad llamada «Führungsaufsicht», análoga a la del Código penal español, con un tiempo máximo de duración de cinco años y una regulación bastante detallada respecto a la forma de su ejecución, véase al respecto JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996, pág. 821. A otras instituciones similares en el Derecho penal comparado se refiere el Informe del Consejo General del Poder Judicial antes citado.

inimputables o con una imputabilidad disminuida, cuya peligrosidad ya ha dado lugar a la aplicación de una medida privativa de libertad, debiendo «el juez o Tribunal sentenciador ... valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad». Por tanto, las medidas previstas en el art. 105 no tienen ningún carácter punitivo, sino que sólo son una mera medida de control o precaución adicional para sujetos declarados en su momento inimputables o con una imputabilidad o capacidad de culpabilidad disminuida, pero en los que puede subsistir un pronóstico de peligrosidad. De ahí que el art. 106 prevea que el juez o Tribunal sentenciador «dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad».

Nada de esto ocurre con la nueva «pena accesoria» de libertad vigilada. Según el art. 49 bis que pretende introducir en el Código penal el Anteproyecto ésta consistiría en lo siguiente:

«1. La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesoria. Esta pena consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado siguiente, que el juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución. El cómputo de esta pena comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

2. La pena de libertad vigilada llevará consigo todas o alguna de las siguientes obligaciones:

- a) la de estar siempre localizable;
- b) la presentación periódica en el lugar que se establezca;
- c) la de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo;
- d) la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o Tribunal del lugar donde resida;
- e) la de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal;

f) la de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior;

g) la de no acudir a determinados lugares o establecimientos;

h) la de no residir en determinados lugares;

i) la de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza;

j) la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares;

k) la de seguir tratamiento médico externo.

3. Para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios electrónicos que permitan la localización y seguimiento permanente del reo.

4. Durante la fase de ejecución el Juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal, concretará las obligaciones del condenado, pudiendo modificarlas en lo sucesivo conforme a la evolución del reo, y controlará su cumplimiento, requiriendo periódicamente los informes que considere necesarios a las Administraciones públicas correspondientes. Las demás circunstancias de ejecución de esta pena se establecerán reglamentariamente.

5. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, oídos el Ministerio Fiscal y el interesado, podrá en cualquier momento reducir la duración de la libertad vigilada o dejarla sin efecto, siempre que en vista del pronóstico positivo de reinserción se considere innecesaria la continuidad de las obligaciones impuestas.

6. En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a vista de las circunstancias concurrentes y oído el Ministerio Fiscal, podrá modificar las obligaciones, o bien deducir testimonio para proceder de conformidad con lo establecido en el art. 468».

Tal como se desprende del texto de este precepto, la confusión entre pena y medida de seguridad es total, ya que en el art. 57 bis, que introduce también el Anteproyecto, no se exige ningún pronóstico de peligrosidad ni se habla para nada de pronóstico de reinserción para imponer la libertad vigilada, sino que simplemente dice sin más en qué delitos puede imponerse¹⁰, pero luego en el art. 49

10. El art. 57 bis que propone el Anteproyecto dice así:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo, la pena accesoria de libertad vigilada será impuesta por el Juez o Tribunal junto con la pena principal privativa de libertad en los siguientes casos:

a) Cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos del Título VIII del Libro II de este Código.

b) Cuando el autor haya sido condenado por un delito de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII de este Código, a una pena privativa de libertad igual o superior a diez años, o por dos o más delitos de terrorismo de la citada sección habiéndose apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos.

2. En caso de que el delito fuera grave la libertad vigilada tendrá una duración de entre diez y veinte años, y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años. En los supuestos de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad, el Juez o Tribunal impondrá la pena en su mitad superior. Cuando no concurren los anteriores supuestos impondrá la pena en la extensión que estime adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo».

bis, 5, se hace depender la duración de la libertad del pronóstico positivo de reinserción. Se establece de este modo un control adicional «punitivo», condicionando su duración a un pronóstico de reinserción.

Desde luego, es difícil entender que «obligaciones» como la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares (j), la de seguir tratamiento médico externo (k), puedan tener un carácter punitivo, es más, si lo tuviera ello chocaría con el derecho de la persona a no someterse a tratamiento médicos coactivos. Pero aún más criticable es que además todas ellas se prevean sin ninguna matización o distinción, tanto para todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales contenidos en el Título VIII del Libro II, sin distinguir según la gravedad de los mismos, como para los de terrorismo, contenidos en la sección segunda del Capítulo V del Título XXII del vigente Código.

Y lo que ya parece un despropósito punitivo es que ese tipo de control adicional, a cumplir tal como dispone expresamente el transcrito art. 49 bis, una vez cumplida la pena pueda durar de uno a diez años en delitos menos graves y de diez a veinte años en los delitos graves; plazos que resultan excesivos. Así, por ejemplo, para quien haya cumplido una pena privativa de libertad de larga duración de, por ejemplo, veinte o treinta años o incluso más, la nueva pena accesoria puede suponer un control de por vida, mientras exista la sospecha de que no se ha conseguido «el pronóstico positivo de reinserción» de que habla el art. 49 bis, 5. E incluso en algún caso menos grave, si, por ejemplo, el miembro de una organización terrorista que es condenado por un delito de amenazas o coacciones a diez años de prisión (art. 572.1, 3.º del vigente Código penal), sigue, tras el cumplimiento de esa pena, firme en las convicciones que le llevaron a integrarse en esa organización, todavía puede ser sometido por otros diez o veinte años a alguna de las obligaciones que se mencionan en el art. 49 bis cuya introducción prevé el Anteproyecto.

No se trata de mostrar ninguna simpatía o debilidad por las personas que cometen este tipo de delitos, pero tampoco de estigmatizarlas de por vida hasta el punto de someterlas a un control adicional después de haber cumplido una larga pena privativa de libertad, imponiéndoles unas obligaciones que exceden con mucho el marco de la proporcionalidad, tanto por su intensidad temporal (que puede llegar a los veinte años), como por el contenido mismo que tienen algunas de ellas (estar siempre localizable, presentación periódica, prohibición de ausentarse sin permiso, etc.). Todo ello excede, a mi juicio, de los límites razonables de proporcionalidad que impone el Estado de Derecho, aparte de la confusión conceptual a la que antes aludía.

No está de más señalar las dificultades y la sobrecarga adicional que puede suponer para el Juez de Vigilancia penitenciaria el seguimiento y control de esta «pena accesoria», que requiere de una infraestructura que ni siquiera

existe para el control de otro tipo de obligaciones similares como son las que se imponen durante el período de prueba a los condenados condicionalmente (art. 83), o de las medidas de alejamiento a los autores de malos tratos en el ámbito familiar (art. 57), o que aún se han demostrado muy eficaces, como es el control con mecanismos electrónicos.

Pero es que, además, la nueva pena puede chocar con el régimen de cumplimiento progresivo de la pena privativa de libertad, cuya última parte se cumple, cuando se den los requisitos establecidos en los arts. 90 y ss. del vigente Código penal, en régimen de libertad condicional, por lo que hay que entender que la pena de libertad vigilada impuesta en el momento de la sentencia implica de antemano que el sujeto no va a gozar del régimen general de cumplimiento de la pena privativa de basándose para ello ya en una presunción de peligrosidad, que difícilmente se puede constatar en el momento de la sentencia; problema que solo insuficientemente puede ser paliado con el apartado 5 del art. 49 bis que prevé que el Juez de Vigilancia penitenciaria pueda dejar sin efecto la pena de libertad vigilada si el pronóstico de reinserción es favorable. Tampoco es bueno para la seguridad jurídica que el apartado 4 del mismo precepto remita las circunstancias de la ejecución de esta pena a una reglamentación posterior que aún no se sabe en que consistirá y que, en definitiva, dejaría en manos de la Administración la regulación de esta pena.

Por todo ello, no es extraño que el Consejo General del Poder Judicial, haya formulado en su Informe de febrero de 2009 sobre este Anteproyecto duras críticas contra esta «pena accesoria», algunas de ellas coincidentes con las que se que acaba de exponer, añadiendo otras como la referida a la extraña alternativa que concede al Juez de Vigilancia el apartado 6 del art. 49 bis para que en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones previstas en el mismo el Juez pueda elegir entre modificarlas «o bien deducir testimonio para proceder de conformidad con lo establecido en el art. 468», es decir, proceder por un delito de quebrantamiento de condena que puede llevar a imponer una nueva pena de prisión; o que no se haga ninguna salvedad respecto a cuándo comienza a computarse el plazo de prescripción de la libertad vigilada, ya que de no decirse nada al respecto ésta puede haber ya prescrito cuando se haya cumplido la pena privativa de libertad que la antecede y, en consecuencia, no podría ser aplicada.

Es evidente, por tanto, que la libertad vigilada, tanto en su conceptualización como «pena accesoria», como en la configuración que le da a su contenido el proyectado art. 49 bis debe ser rechazada. En un momento en el que gran parte de la opinión pública, motivada por algunos sucesos particularmente graves y azuzada por algunos medios de comunicación, reclama la «reclusión perpetua», y en el Derecho comparado y en algún sector doctrinal se reclama la medida de «internamiento en custodia de seguri-

dad»¹¹ que puede tener una duración indefinida, pero en todo caso sólo aplicable a un grupo muy concreto de delitos graves contra la vida y la libertad sexual y a autores con especial pronóstico de peligrosidad, el Anteproyecto se descuelga con este «híbrido» entre pena y medida, para todos los delitos sexuales y de terrorismo, que no cumple ni puede cumplir las funciones asignadas a estas otras sanciones. Ciertamente, la nueva pena no tiene la misma intensidad y gravedad que la cadena perpetua o el internamiento en custodia de seguridad pero, de hecho, para quien ya ha cumplido la pena privativa de libertad a la que fue condenado supone una sanción adicional difícilmente compatible con principios fundamentales como el de proporcionalidad y culpabilidad, siendo, además, de difícil ejecución y seguimiento por los órganos de la Administración de Justicia. En definitiva, tanto la libertad vigilada, como su equivalente en forma de privación de libertad, el internamiento en custodia de seguridad, pretenden legitimarse con una finalidad preventiva especial, que aparentemente busca la reinserción social del sometido a ellas, pero que de hecho lo único que consiguen es su aseguramiento de inocuidad por un tiempo más o menos largo. El que esto sea compatible con principios básicos del Derecho penal como los de proporcionalidad y culpabilidad, parece más que discutible.

B) Los nuevos límites de la prescripción de algunos delitos y el nuevo criterio para determinar su interrupción.

a) La imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo.

Este afán punitivo que se refleja en la pena accesoria de libertad vigilada se ve también en la declaración de imprescriptibilidad que, al igual que para los delitos de lesa humanidad y genocidio y los crímenes de guerra, el Anteproyecto prevé para los delitos de terrorismo «si hubieren causado la muerte de una persona, lesiones de las previstas en el art. 149, o bien cuando hubieren consistido en el secuestro de una persona» (art. 131, apartado 4). Con ello se pretende transmitir un mensaje que, sin duda, tiene una inmediata relación con la dramática persistencia del terrorismo independentista vasco en el Estado español. Este

mensaje no es otro que por más que pase el tiempo, y aun después de que hayan pasado veinte o treinta años desde la comisión del delito, el terrorista que haya cometido un delito contra la vida, contra la integridad física o la libertad, debe saber que aunque haya conseguido sustraerse a la acción de la justicia durante todo ese tiempo, siempre podrá ser castigado por lo que hizo, aunque no haya cometido ningún otro delito ni haya sido objeto de persecución penal. Naturalmente, ello revela un gran escepticismo respecto a que el terrorismo etarra —que tan duramente ha golpeado al Estado español en los últimos cuarenta años— pueda desaparecer en el futuro, siquiera a medio o largo plazo; pero sobre todo se compadece mal con una política de reinserción que, por otra parte, a veces con éxito, se sigue llevando a cabo con los que renuncien a la lucha armada. La declaración de imprescriptibilidad de estos delitos puede ser incluso un obstáculo para una definitiva solución a este problema si algún día, por las razones que sean, la actividad terrorista cesa y se busca una salida negociada a la misma. Por otra parte, la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables que de un modo general se consagra en el art. 9 de la Constitución española impediría aplicar la nueva regulación a los delitos que ya se hayan cometido antes de la entrada en vigor de la misma, por lo que sólo a partir de entonces y una vez que hayan pasado los plazos de prescripción actualmente vigente para estos delitos (treinta años) se podrá decir que estos delitos no prescriben; es decir, que sólo dentro de cuarenta o cincuenta años podría aplicarse esta nueva regulación. Pero si para entonces el problema terrorista que ahora es una de las amenazas que sufre la sociedad española ha desaparecido completamente, carecerá de sentido aplicar una regla de imprescriptibilidad a unos delitos condicionados por un determinado contexto político, que probablemente para entonces ya habrá cambiado en una u otra dirección. Aunque duela reconocerlo, también en esta materia se puede decir una vez más que el tiempo todo lo cura, o simplemente que también se lleva por delante a los que en su día cometieron tan graves crímenes, aunque esto en ningún caso les eximirá del juicio moral y político que sobre ellos pronunciará la historia¹².

11. Véase, por ejemplo, CERESO MIR, en *Revista Penal*, cit., quien propone la introducción de esta medida en el Derecho penal español, siguiendo el modelo alemán. Sobre la regulación de la misma en el Código penal alemán (parágrafo 66), véase, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., págs. 813 y ss., quien informa sobre el origen y evolución de esta medida en el Derecho alemán, desde que fue introducida en el periodo nacionalsocialista hasta las últimas decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre su constitucionalidad. A mi juicio, tanto esta medida como la pena de «reclusión perpetua» serían en el Derecho español inconstitucionales por infringir desde un principio el derecho fundamental a la «reinserción social» consagrado en el art. 25.2 de la Constitución española.

12. El Informe del Consejo General del Poder Judicial no se muestra contrario a la imprescriptibilidad del terrorismo, calificándolo de «una legítima opción político-criminal», citando a este respecto una sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (63/2001, 17 de marzo) en la que se señala que esta es una cuestión de mera legalidad, para la que no hay ningún obstáculo constitucional. Pero independientemente de que se pudiera suscribir este criterio (bastante discutible); por las razones arriba indicadas no me parece que en este caso, aunque la imprescriptibilidad fuera constitucionalmente posible, sea la mejor opción política criminal. El Informe propone, sin embargo, incluso su ampliación a los casos en que las acciones terroristas producen otras lesiones graves, incendios y estragos, y a la tentativa de homicidio y asesinato. Se muestra crítico con esta propuesta, en cambio, VIVES ANTÓN, cit.

b) El nuevo plazo de prescripción para los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social.

Este mismo afán por evitar que el transcurso del tiempo pueda extinguir la responsabilidad criminal se ve también, aunque en un contexto diferente, en el nuevo plazo temporal de prescripción que se prevé en el Anteproyecto para los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social. Según el Anteproyecto, estos delitos prescribirán a los diez años (art. 131.3). El plazo actual para la prescripción es de cinco años, el mismo que rige para todos los delitos que tienen una pena inferior a cinco años de prisión, sin que exista ninguna salvedad expresa para los delitos contra la Hacienda Pública (art. 131.3, en su redacción actual). La Exposición de Motivos del Anteproyecto justifica esta especial ampliación que duplica el plazo de prescripción actualmente vigente para estos delitos, por «el fin de evitar que queden impunes en determinados supuestos, por imposibilidad técnica de su detección y comprobación en los plazos hasta ahora previstos». Obviamente, lo mismo podría decirse de otros muchos delitos, incluso más graves, como algunos delitos económicos, medioambientales, urbanísticos, contra los derechos de los trabajadores, etc., en los que puede que transcurran los plazos de prescripción por las dificultades existentes para su investigación o por otras causas imputables a un mal funcionamiento de los órganos administrativos encargados de la misma. El que sólo se dupliquen los plazos en relación con los delitos contra la Hacienda pública (y la Seguridad social) supone a mi juicio una inversión valorativa difícil de entender y un privilegio excesivo para los intereses del Erario público. La intención del Anteproyecto es la de evitar que las maniobras de ocultación y de obstrucción a la Inspección puedan dificultar la tramitación del proceso penal hasta el punto de que pueden pasar los cinco años del actual plazo de prescripción. Pero no se acaba de entender por qué se le da este tratamiento privilegiado a unos delitos cuya persecución penal está legalmente condicionada a que se constate que el monto de la defraudación al Fisco alcance al menos los 120.000 euros en el período fiscal de que se trate, y en los que cabe incluso que la llamada «regularización» de la deuda fiscal puede evitar su persecución penal (véase, por ejemplo, los arts. 305 y 308 del vigente Código penal), lo que sin duda puede ser muchas veces causa de la caducidad de los plazos de prescripción.

Esta ampliación del plazo de prescripción para estos delitos choca además con el plazo para la prescripción de la deuda tributaria (actualmente en cuatro años), que algunos autores consideran también debería determinar la extinción

de la responsabilidad penal¹³, criticando una jurisprudencia¹⁴ que considera que, aunque la deuda tributaria haya prescrito, todavía se puede exigir más durante el año que determina la prescripción del delito. Para despejar dudas sobre este problema, el Anteproyecto añade un apartado 5 al art. 305 del Código penal, que dice lo siguiente:

«5. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, se exigirán por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley».

En principio, esto no debería ser ningún problema, ya que, según establece el art. 116 del Código penal vigente toda persona penalmente responsable también lo es civilmente, y en relación con el delito fiscal, el Tribunal Supremo tiene establecido que también es tarea del Tribunal sentenciador determinar la responsabilidad civil por delito fiscal. Pero normalmente la deuda tributaria más los intereses de demora se establecen previamente por la Administración tributaria, lo que en la práctica es vinculante para el Tribunal penal, que sólo debe pronunciarse sobre otros daños o perjuicios sobrevenidos, como por ejemplo las costas procesales. La única razón por la que puede exigirse esa responsabilidad civil por vía penal, a pesar de haber ya prescrito la deuda tributaria, es que en este caso la deuda tributaria no es una obligación *ex lege* (es decir, exigible en base a la Ley tributaria), sino *ex delicto*, es decir, derivada de la comisión del delito, por lo que subsiste en tanto subsista la responsabilidad penal. Es más, el pago de la deuda, aunque ya haya prescrito la misma conforme a las normas del Derecho tributario, puede incluso estimarse como una circunstancia atenuante por reparación del daño (art. 21.5 del vigente Código penal). Claro que si por las razones que sean (por ejemplo, por muerte del deudor tributario acusado de un delito fiscal), no puede llegar a exigirse la responsabilidad penal, la fuente de la obligación tributaria es la legal, y si ésta ya ha prescrito no podrá ya exigirse, porque tampoco podrá aplicarse lo que prevé el nuevo apartado 5 que pretende introducir el Anteproyecto.

c) La cuestión de la interrupción de la prescripción.

Curiosamente, por más que parezca una cuestión de menor trascendencia, este tema ha provocado una intensa polémica en la doctrina¹⁵ y un enfrentamiento entre el Tri-

13. Véase, por ejemplo, Jesús SILVA SÁNCHEZ, *Nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 1995.

14. Véase, por ejemplo, STS 26 julio 1999, 6 noviembre 2000, 10 octubre 2001, 30 octubre 2001, etc., citadas en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, que también critica esta ampliación del plazo.

15. Véase PEDREIRA GONZÁLEZ, *La prescripción de los delitos y de las faltas*, Madrid, 2004; Enrique BACIGALUPO, *Problemas constitucionales de la prescripción de la acción penal*, en LA LEY, 2005; Susana HUERTA TOCILDO, «A vueltas con la prescripción penal», en *Homenaje a Rodríguez Mourullo*, 2005, págs. 513 y ss.; Araceli MAJÓN-CABEZA OLMEDA, *La cuestión de la interrupción de la prescripción y el enfrentamiento entre el TS y el TC*, LA LEY, 2008.

bunal Supremo¹⁶ y el Tribunal Constitucional¹⁷ que mantienen tesis contrapuestas sobre cómo debe entenderse el momento en el que se interrumpe el cómputo de los plazos de prescripción de un delito. Para solucionar este problema de una vez para siempre por vía de una interpretación auténtica el Anteproyecto propone el siguiente sistema en el apartado 2 del art. 132:

«La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable, comenzando a correr de nuevo el tiempo de prescripción desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena. El procedimiento se entenderá dirigido contra la persona referida en el momento en que se produzca actuación material sustancial del Juez Instructor o cuando éste ordene a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención.

La presentación de denuncia o querrela ante un órgano judicial y contra una persona determinada, suspenderá el cómputo de prescripción, continuando el mismo desde el día de la presentación una vez que el órgano judicial correspondiente no la admitiere a trámite».

En el actual apartado 2 del art. 132 solamente se dice que:

«La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena».

Ha sido precisamente con ocasión de la interpretación de este precepto, en relación con la prescripción del delito fiscal, lo que originó la polémica doctrinal y el enfrentamiento entre las dos altas instancias judiciales. Como ya hemos señalado antes, sucede frecuentemente en este delito que las propias dificultades de la investigación, las posibilidades que ofrece la regularización prevista en el art. 305.5 para que el defraudador pueda llegar a un acuerdo con la Administración y enervar la acción penal, así como la propia incuria o negligencia de los órganos encargados de la persecución del delito, hacen que la denuncia o querrela se presente en el último momento, incluso pocos días antes de que termine el plazo de prescripción. ¿Es suficiente esto para interrumpir la prescripción?

Algún sector doctrinal, y luego el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2005, de 14 de marzo, han sostenido que la expresión «el procedimiento se dirija contra el culpable», requiere para interrumpir la prescripción algo más que presentar una denuncia o querrela el día antes de que el plazo de prescripción termine. Según este cri-

terio, es necesario que la denuncia o querrela hayan motivado ya una actuación judicial, puesto que solo los órganos judiciales «son titulares del *ius* puniendo en representación del Estado». Frente a esta tesis, el Tribunal Supremo viene sosteniendo desde hace tiempo que la denuncia presentada antes de que termine el plazo de prescripción (incluso el día antes) es suficiente para interrumpirla.

Parecería que en esta materia la tesis del Tribunal Constitucional debería prosperar, no por ser más convincente, sino por tratarse de una instancia que en relación con cuestiones constitucionales tiene conferida la última palabra. No lo ha entendido así, sin embargo, el Tribunal Supremo que tras la sentencia del Tribunal Constitucional, en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 12 de mayo de 2005 y en sentencias posteriores, ha ratificado su criterio, entendiendo que la sentencia del Tribunal Constitucional no es vinculante por ser la interpretación de este tema una cuestión de legalidad ordinaria, que no involucra directamente preceptos constitucionales.

Pero, independientemente de quien tenga la razón en este tema, lo que ahora interesa es ver si la solución que propone el Anteproyecto a este tema es o no correcta y coherente. Y desde luego parece que hay bastantes razones para considerar que no lo es. Por un lado, porque sigue el criterio mantenido por el Tribunal Constitucional y en el párrafo 1 del apartado 2 del art. 132, al considerar que «el procedimiento se entenderá dirigido contra la persona referida (persona determinada) en el momento en que se produzca actuación material sustancial del Juez Instructor o cuando éste ordene a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención». Pero, por otro lado, porque acto seguido en el párrafo siguiente parece seguir el criterio del TS concediendo un extraño efecto suspensivo del cómputo del plazo de prescripción a la presentación de la denuncia o querrela ante un órgano judicial y contra una persona determinada, mandando continuar ese cómputo desde el día de la presentación una vez que el órgano judicial correspondiente no la admitiere a trámite.

Tanto el Informe del Consejo General del Poder Judicial, tras un estudio detenido, como algún autor¹⁸ critican este criterio híbrido por diversas razones, entre las cuales destaca la tremenda inseguridad jurídica que presenta la nueva regulación, al hacer depender tanto la interrupción como la suspensión, de que se dirija contra «persona determinada», lo que impide que se pueda estimar aplicable cuando la persona es sólo determinable por posteriores investigaciones, o es desconocida en el momento de la presentación de la denuncia o de la querrela, lo que de algún modo beneficiará a los «hombres de atrás» en los casos de criminalidad organizada, en los que sólo tras arduas investigaciones y a veces tras haber transcurrido el plazo de prescripción se puede llegar a conocer su identidad. La interrupción de la

16. Véase, por ejemplo, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 12 de mayo de 2005, STS 21 junio 2006; 6 junio 2007.

17. Véase, sobre todo, STC 63/2005.

18. Cfr. VIVES ANTÓN, cit.

prescripción queda además supeditada a una actividad específica del órgano jurisdiccional: «actuación material sustancial del Juez Instructor o cuando éste ordene a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención», que por las razones que sea puede que no se produzca, no sirviendo de paliativo el que mientras tanto se suspenda el cómputo del plazo de prescripción.

No es ahora el momento de entrar en un análisis más detenido de la regulación que propone el Anteproyecto de esta materia. Pero sí conviene resaltar las contradicciones que, de prosperar esta tesis —que coincide, por lo menos en una parte con la mantenida por el Tribunal Constitucional— pueden darse en relación con la interpretación de otros preceptos del Código penal. Así, por ejemplo, la antes mencionada «regularización» en los Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305.4 y 308.4), está supeditada a que el Ministerio fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica, foral o local... interponga querrela o denuncia contra el defraudador, lo que obviamente puede producirse el día antes de que termine el plazo de prescripción. Pero, de admitir la interpretación del TC y lo que propone el Anteproyecto, esto ya no sería, sin embargo, suficiente para interrumpir la prescripción, en tanto el Juez que reciba la denuncia o querrela no realice «la actuación material sustancial» a que se refiere el Anteproyecto.

Pero por otra parte, con la regulación que propone el Anteproyecto se limita, e incluso se pervierte, la naturaleza de delito «perseguible a instancia de parte» de muchos delitos contra el orden socioeconómico, como, por ejemplo, los delitos societarios (cfr. art. 296 del vigente Código penal), en los que la parte denunciante o querellante puede intentar, hasta el último día antes de que transcurra el plazo de prescripción, llegar a un acuerdo con los presuntos autores del delito y condicionar a ese acuerdo el ejercicio de la acción penal. Un derecho que indudablemente queda muy mermado con la regulación que ahora se propone. Por su-

puesto, que esperar hasta el último momento para presentar una denuncia o querrela puede ser una táctica del perjudicado para negociar e incluso «chantajear» al autor del delito, pero esto es algo consustancial a la propia esencia de estos delitos, y aún peor parece que la interrupción de la prescripción quede, en definitiva, supeditada a la mayor o menor diligencia que pueda tener el Juez que reciba la denuncia o querrela para llevar a cabo algo tan inconcreto como es la «actuación sustancial material» de que habla el Anteproyecto. Y mientras tanto, en marzo de 2009 un Magistrado candidato a presidir la Audiencia Nacional, órgano judicial que entre otras cosas se ocupa de los delitos económicos a gran escala, dice que «hay 50 casos de delincuencia económica a punto de prescribir»¹⁹.

3. Hasta aquí algunas consideraciones sobre determinadas propuestas recogidas en el Anteproyecto de reforma del Código penal español publicado en noviembre de 2008. Hay también en él otros muchos preceptos, como los relativos al aumento de las penas en los delitos sexuales, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la nueva figura de las agrupaciones criminales, etc., que igualmente merecerían algunas reflexiones críticas, aunque ahora por razones de tiempo y espacio no puedo ocuparme de ellos²⁰. Pero no podemos dejar de señalar que el incremento punitivo que en general propone este Anteproyecto y las reformas penales españolas realizadas en los últimos años —tanto en lo que se refiere a la creación de nuevas figuras delictivas, como en la gravedad de las penas— constituye en su mayor parte una respuesta político-criminalmente desafortunada y técnicamente incorrecta a problemas y conflictos sociales que difícilmente se pueden solucionar únicamente con reformas puntuales de los preceptos penales que más repercusión pueden tener en los medios de comunicación y en la opinión pública.

Cuando hace ya más de un siglo el famoso penalista alemán Franz von Liszt decía, quizás deplorándolo²¹, que

19. Frase que aparece como titular en la primera página del diario *El País*, de 24 de marzo de 2009.

20. Para una exposición crítica detallada de la regulación de estos y otros temas en el Anteproyecto, véase el Informe citado del Consejo General del Poder Judicial.

21. Esta famosa frase de VON LISZT, tan frecuentemente citada, se encuentra recogida junto con otras también famosas como la de que el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege es la Magna Carta del delincuente», y «el bastión del ciudadano frente al poder punitivo del Estado», en un Informe que hizo en 1893 para la Asamblea General de la Asociación Internacional Criminalista (I.K.V.), bajo el título «Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts», publicado luego en el tomo segundo de sus «Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze», Berlín 1905, págs. 77 y ss. (las citas todas se encuentran en la pág. 80 de esta publicación). De todas formas, tal como observa Thomas Vormbaum (*Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2009, pág. 131), puede cuestionarse hasta qué punto VON LISZT era consecuente con esta idea, una vez que se cumplían los presupuestos de la punibilidad y alguien era condenado por un delito; pues, como demuestra su actitud frente a los reincidentes y su admisión de la pena indeterminada, no parece que en este caso le preocupara otra cosa que una efectiva «inocuidación» de los que él llamaba «incoregibles», «proletariado de la delincuencia», y otras lindezas por el estilo (véase en este sentido también el famoso artículo de VON LISZT publicado originariamente en 1882 en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, págs. 1 y ss., «Der Zweckgedanke im Strafrecht», también conocido como Programa de Marburgo, igualmente recogido luego en el tomo I de sus *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, cit., págs. 126 y ss. (las citas respecto a la inocuidación de los reincidentes se encuentran en las págs. 167 y 170); hay traducción de este trabajo al español de Enrique Aimone Gibson, con Prólogo de Manuel de Rivacoba, Valparaíso, Chile, 1984, *La idea de fin en el Derecho penal*; y otra de Carlos Pérez del Valle, con Prólogo de José Miguel Zugaldía Espinar, Granada, 1990.

«el Derecho penal era la infranqueable barrera del Derecho penal», no podía imaginar hasta qué punto el Derecho penal se iba a convertir en todo lo contrario; es decir, en un instrumento canalizador de una Política criminal puramente represiva y negadora de los principios básicos del mismo Derecho penal. Y lo malo del momento presente es que ahora esa tendencia no se puede achacar a un régimen

autoritario, como en los tiempos de Hitler, Franco, Stalin o Mussolini, sino a políticas legislativas preconizadas por igual por partidos políticos democráticos de derecha o de izquierda, que, en clave electoralista, azuzados por los medios de comunicación y algunos movimientos victimistas, propician un «populismo punitivo», que no es otra cosa que la vieja farmacopea del «palo y tentetieso».